

RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO QUE SE PUEDE VERIFICAR EN EL DESPACHO DE ORIGEN

NÚMERO DE RADICADO: 050013110003 2013-00209 01 Providencia: 2017 400

TEMA: **DIVORCIO CONTENCIOSO. Causales para determinar la culpabilidad de los cónyuges en disputa.** *La demandante, se encuentra incurso en la causal de divorcio contenía el numeral 2° del artículo 154, no sólo por el incumplimiento de sus obligaciones como cónyuge, sino también por el incumplimiento de sus deberes como madre, lo que da lugar a realizar la adhesión correspondiente en la sentencia objeto de alzada.* **REGIMEN DE VISITAS. ESTABLECIMIENTO MEDIANTE JUDICIAL.** Así no este estipulado en la norma procesal el pronunciamiento sobre la regulación de las visitas, es deber del juez del caso decretarlas por el interés superior del menor.

PONENTE: DRA. LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA

FECHA: 05/02/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

EXTRACTO: *“(…)respecto a la sustentación y argumentación formulada por el apoderado de la demandada, (...) tampoco se advierte por la sala, que con la limitación en el tiempo que le formuló la jueza, su intervención se haya limitado su derecho de defensa, habida consideración que no puede confundirse la formulación de reparos, con la sustentación en concreto de los mismos, en este sentido, frente a la formulación de reparos si el tiempo le era insuficiente, podía y tenía la posibilidad de solicitarle al juez de primera instancia un período adicional, conforme lo autoriza el artículo 107 numeral tercero para la exposición de los mismos, y si éste no le era suficiente dentro de los tres días siguientes a dicha audiencia, podía presentar por escrito esos reparos en la forma que autoriza el artículo 322 numeral 3o del Código General Del Proceso.*

(...) El numeral 2° del artículo 154 del Código Civil, establece como causal de divorcio “el grave injustificado cumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”, al respecto ha enfatizado la honorable Corte Suprema de Justicia que, conviene reiterar que la omisión o el cumplimiento de cualquiera de los deberes por parte de uno de los cónyuges, da lugar a que el otro alegue la causal segunda de separación de cuerpos, como quiera que la ley no exige para su estructuración, que el cónyuge culpable los quebrante todos, de suerte que sí se ajusta a cumplir con los deberes de fidelidad y ayuda mutua, pero se abstiene de cumplir con el de cohabitación, tal comportamiento lo hace incurso en la causal mencionada, lo propio ocurre cuando cumple con el de cohabitación y ayuda mutua, pero quebranta el de fidelidad o satisface este y el de cohabitación, pero infringe el de ayuda mutua.

En todas esas hipótesis, se configura la causal, como ya lo tiene sentado la doctrina de la Corte, (...) son pues dos los comportamientos que pueden darse para alegarla (...): abandono o incumplimiento, es una causal genérica, porque muchas de las causales de la mencionada ley, independientemente de si mismas convergen en ella, no es necesario que sean todas las conductas, ni que sean varios los actos, basta con la omisión de uno cualquiera de los deberes de cónyuge, como la más normales obligaciones que derivan de la familia y del matrimonio, moral, espiritual y económicamente hablando, que pongan en peligro el socorro, la ayuda mutua, la fidelidad.

Se entiende por grave, el hecho de que se viole lo más elemental de los deberes, y como injustificado aquello que se hace o deja de hacer sin motivo alguno que disipe o excuse la omisión, las anteriores premisas permiten concluir que para obtener sentencia estimatoria de las pretensiones en el proceso de divorcio, la parte que alega las causales del artículo 154 del Código Civil, corre con la carga de mostrar los supuestos facticos que estén en las mismas, es decir de acreditar el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicita, en éste se alega la incursión de la (demandante) en la referida

causal por (...) el incumplimiento de sus deberes como cónyuge al haber peticionado al (demandado) que abandonara el hogar y (...)el incumplimiento de sus deberes como madre al haber coartado los derechos de su hija, impidiéndole contar con las visitas y compañía de su padre.

Sobre la primera circunstancia incumplimiento de los deberes conyugales las partes están de acuerdo en cuanto a que la (demandante) exigió al (demandado) en el mes de septiembre del 2012, que se apartará del hogar conyugal; sin embargo, aduce la demandante, demanda en reconvenición, qué tal solicitud se encontraba justificada, pues para el momento en que la elevó, había sido víctima de numerosos maltratos, lo que, a su parecer, justifica la conducta.

(...) el acervo probatorio del proceso, arrojó como resultado, que el (demandado) había desplegado actos constitutivos de ultrajes y tratos crueles en contra de su cónyuge, así que se colige de (...) los testimonios (...) adelantada por la comisaría de familia (...), mediante la cual se declaró (demandado) como responsable (de) “los hechos ocurridos en la modalidad de violencia verbal dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar establecidos dentro de la diligencia”; sin embargo se observa que las pruebas mencionadas no permiten inferir, que dicha violencia hubiere sido desplegada para el momento en que se dio la separación de hecho, septiembre del 2012 por lo que no resultan útiles para justificar la exigencia de abandono del hogar efectuada por la (demandante) a su cónyuge.

(...) Finalmente los trámites previstos a la declaratoria de responsabilidad (...) en contra de (demandando) por la comisaría de familia (...), dan cuenta de que la solicitud de medida de protección presentada por la (demandante), en virtud de la cual se expidió la referida decisión administrativa, no sólo fue presentada tras la separación 18 de diciembre del 2012 (...) sino que se sustentan en hechos ocurridos luego de materializarse la misma (...).

Cómo puedo observarse la solicitud que dio lugar a la medida de protección decretada por la comisaría de familia reseña, se dio como consecuencia de hechos ocurridos después de la separación de la pareja, por lo que tal y como se indicó respecto a los medios probatorios analizados (...) no sirven para justificar que la (demandante) en el mes de septiembre del 2012 haya solicitado a su cónyuge que se fuera de la casa, así las cosas, es claro que aunque el que abandonó el hogar fue él (el demandado), ambas partes admitieron que se dio por petición de la (demandante) quien, cómo se explicó, no acreditó justificación alguna para haber realizado tal exigencia, lo que significa que su actuar, a la par con el demandado, acabo por determinar la ocurrencia de las circunstancias de separación de hecho que, acorde con lo reseñado por la Corte Suprema de Justicia, (...) tiene la virtualidad acarrear el incumplimiento de los deberes conyugales, sobre las cuales refiere el numeral 2o del artículo 154 del Código Civil, conclusión que deja ver que, contrario a lo dicho por la reconvenida en su apelación, asistió razón al juez de primera instancia al declarada probada la causa del contenida en dicha norma en cabeza ambas partes y no sólo del (demandado).

Además de lo anterior, también se encuentra probado en el proceso que la (demandante) ha impedido que se materialicen las visitas entre (el demandado) y su hija menor, ello no sólo en virtud de la negación indefinida que, al respecto, fórmula el (demandado) consistente en que la madre de la menor “no deja ver a su hija” y que por ende correspondería desvirtuar a su contraparte, sino por cuanto ella da cuenta el procedimiento de restablecimiento de derechos surtidos en favor de la menor (...) en la comisaría de familia (...) lo anterior luego de intentarse por todos los medios la realización de la visita del equipo interdisciplinario, para concluir que. desde el mes de diciembre del 2013, se desconoce el paradero de la (demandante) y de su hija (...), a pesar de que la madre de la primera “matiene comunicación frecuente con su hija (...); sin embargo, no suministra ninguna información de contacto” (...).

Es del caso recordar, que el derecho visita se encuentra su sustento constitucional en el artículo 44, norma que en resumen y circunscribiendo se lo que interesa para el presente proceso, establece el Derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener y crecer en una familia y a no ser separado de ella, lo que supone, que sólo podrán ser separados de aquella cuando la misma no les garantiza el pleno ejercicio de sus derechos, conforme a la Constitución y la ley, además el aludido derecho, comporta un claro mandato tendiente a mantener un vínculo, no sólo entre los padres y sus hijos, sin importar la configuración del grupo familiar. Sentencia T 510 del 2013. Esto último, ante la eventualidad, entre otras, de que por la separación de los padres, se genera una estructura familiar diversa.

Es así como el legislador al establecer el artículo 256 del Código Civil, previó el derecho de visitas, como el mecanismo apropiado para posibilitar la interacción y desarrollo de las relaciones afectivas del menor con sus padres, así como recibir de estos, el cuidado y protección especial que requieren, no es difícil entonces entender la estrecha relación entre derecho de visitas y el derecho fundamental, contenido el citado artículo 44, el cual, para estos efectos se traduce en el derecho a las relaciones personales entre padres e hijos. Corte Constitucional Sentencia T 408 de 1995.

Sobre este derecho, la jurisprudencia ha precisado “Qué es de doble vía, donde convergen los derechos de los hijos menores y al mismo tiempo lo de cada uno de los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento”. Sentencia T115 del 2014 Corte Constitucional.

Es así como la Corte, ha resaltado que cuando uno de los padres impide el contacto del hijo menor con su otro padre, vulnera sus derechos fundamentales, al menos que con cabal certeza, dicha separación procure el interés superior del menor. Sentencia T-408 de 1995.

(...) Las anteriores consideraciones, aunadas a las circunstancias fácticas que resultaron probadas en el proceso (...), dejan ver que la demandante, demanda en reconvención, desplegó una conducta tendiente a entorpecer el derecho de visitas con que cuentan recíprocamente tanto el (demandado) como la menor (...), haciendo además caso omiso de la regulación provisional que sobre el tema realizó la comisaría de familia (...).

Para reforzar lo anterior vale la pena recordar que la Corte Constitucional ha destacado que para que las visitas puedan cumplir cabalmente su contenido, debe realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique, no deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visitas a violencias inadmisibles y quitar a la relación, el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos. Algo similar ocurre con la regulación concreta del derecho de visitas, la cual debe hacerse siempre procurando el mayor acercamiento posible padre o hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo, debe ser establecido de modo que contemple tanto en interés de los padres, como el de los hijos menores, el cual rectamente entendido requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre, su objeto es el de estrechar las relaciones familiares y su fijación de tener como directriz, el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones.

Las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide. Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores, pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral, pueden los padres ser privados de este derecho, así se ha decidido, que ni siquiera la pérdida de la patria potestad, es

suficiente para excluir el derecho de visitas, cuando aquella sea el abandono del menor, mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor, así las cosas, la única manera en que podría llegar a justificarse la conducta desplegada por la reconvenida para impedir las visitas, en la forma especificada, sería si tal impedimento se realizará en procura de la protección de la menor, caso en el cual sería necesario adelantar de procedimiento administrativo correspondiente artículo 99 de la ley 1098 del 2006; no obstante no sólo brilla por su ausencia el mentado trámite, sino que contrario a las supuestas condiciones de peligro que representaría la presencia del (demandado) en la vida de su hija, lo que el expediente arroja es que ningún acto es pegado por aquel que puede poner en peligro a la menor, ha resultado probado en el proceso, en cambio mediante resolución (...) de la comisaría de familia (...) se decidió regular provisionalmente las visitas, lo cual permite colegir que el (demandado) cuenta con todas las condiciones necesarias para estar cerca de su hija y garantizar su integridad.

Lo explicado quiere decir, que no hay razón que justifique el actuar de la (demandante) tendiente en impedir las visitas a las que tiene derecho no sólo el (demandado) sino más aún la menor (...) en condiciones de espontaneidad, en tal orden de ideas, el hecho de que la (demandante) restrinja a su hija el derecho que tiene de recibir la visita de su padre, constituye una vulneración de sus derechos por lo que emerge lógico concluir, que al mismo tiempo, está restringiendo las obligaciones que tiene como madre.

(...) Lo anterior es suficiente para concluir, que la (demandante), se encuentra incurso en la causal de divorcio contenía el numeral 2° del artículo 154, no sólo por el incumplimiento de sus obligaciones como cónyuge, tal y como se expuso, sino también, como acaba de verse, por el incumplimiento de sus deberes como madre, lo que da lugar a realizar la adhesión correspondiente en la sentencia objeto de alzada.

(...) el artículo 444 del Código Procedimiento Civil, establece el contenido de la sentencia de divorcio, ahora bien, no obstante el dicho canon, no sé estipula que aquella deba incluir pronunciamiento alguno acerca del régimen de visitas, lo cierto es que al establecer, en cambio, que sí se indicará a quien corresponde el cuidado de los hijos, precisamente porque los padres no conviven, no encuentra esta Sala la razón para abstraerse de lo primero, esto es, el establecimiento de régimen de visitas (...) se está dando lugar a la aplicación del principio general del derecho consistente en que, donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición, artículo 4 del Código Procedimiento Civil, lo que, sumado al hecho de que a los Jueces de Familia se le faculta a fallar en procura del interés superior del menor, tal y como explicó la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, (en varias sentencias) desarrollo jurisprudencial, que quedó asentado en el parágrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso, hace obvio que, de constatarse la necesidad del establecimiento de un régimen de visitas para salvaguardar el interés superior de un menor, el juez emita el pronunciamiento pertinente.

Pues bien, como ya quedó dicho en precedencia en el subjuice, se observa una clara vulneración de los derechos de la menor (...) en tanto que se le está impidiendo compartir con su padre y ser visitada por este, y si bien es cierto el origen de tal vulneración no es propiamente la ausencia de un régimen de visitas, si no el desconocimiento por parte de la (demandante) del que fue establecido por la comisaría de familia (...), esta Sala considera oportuno establecer un régimen de visitas definitivo que sirva de parámetro para zanjar cualquier discusión futura, que surja en torno al tema, en aras de reforzar la protección de los derechos e interés superior del menor involucrada en el proceso y teniendo en cuenta que el régimen de visitas regulado por la autoridad administrativa (...) fue decretado de manera provisional, en tal orden, se establecerá de manera definitiva el régimen de visitas en la misma forma como fue regulado provisionalmente por la comisaría de familia (...), sin que quiera decir ello, que a futuro, las partes se encuentren impedidas para procurar una fórmula visitas diferente, bien por las vías legales o por mutuo acuerdo(...).

CONCLUSIÓN: (...) se confirmará la sentencia impugnada, empero se adicionará para precisar que la (demandante) incurrió en la causal 2a de divorcio, no sólo por el incumplimiento de sus deberes como cónyuge, sino también como madre de la menor (...) y para establecer de manera definitiva un régimen de visitas en la forma anunciada (...)"